

ius.focus

Zivilprozessrecht

Rechtsmittel gegen prozessleitende Verfügungen und Zwischenentscheide, Übergangsrecht: Anfechtung nach ZPO CH

Art. 404 Abs. 1, Art. 405 Abs. 1 ZPO CH

Die Mehrheit der Rechtsprechung nimmt den Standpunkt ein, dass die Anfechtung von prozessleitenden Verfügungen und Zwischenentscheiden auch in altrechtlichen Verfahren mit den Rechtsmitteln des neuen Rechts zu erfolgen hat. Die Beurteilung des angefochtenen Entscheids hat jedoch nach Massgabe des bisherigen Prozessrechts zu erfolgen. [277]

1. OGer ZH LA110009–0/Z 01, Verfügung vom 17. Februar 2011

Das Obergericht des Kantons Zürich hatte über ein Rechtsmittel gegen die provisorische Wiedereinstellung einer Arbeitnehmerin gestützt auf Art. 3 GlG zu entscheiden. Da es sich dabei um eine vorsorgliche Massnahme handelte, die unabhängig vom Hauptprozess entschieden wurde, stellte sich die Frage nach der anwendbaren Prozessordnung für das Rechtsmittel.

Das Gericht nahm in seinem Entscheid auf einen Gedankenaustausch seiner Zivilkammern Bezug, in welchem sich diese darauf verständigt hatten, auf nach dem 1. Januar 2011 eröffnete Zwischenentscheide die Rechtsmittel des neuen Rechts anzuwenden. Damit sei für das Verfahren vor Obergericht die ZPO CH anzuwenden.

2. KGer BL 410 2011 4, Entscheid vom 1. März 2011

Das Kantonsgericht Basel-Landschaft musste ein Rechtsmittel gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung beurteilen. Es hielt in seinem Urteil fest, die Frage, ob für die Anfechtung von prozessleitenden Verfügungen die Rechtsmittel des kraft Übergangsrechts für das erstinstanzliche Verfahren weitergeltenden alten kantonalen Prozessrechts oder diejenigen der ZPO CH zu ergreifen seien, sei umstritten, und wog die Literaturmeinungen gegeneinander ab. So sprechen sich namhafte Kommentare für die Anwen-

dung des alten Rechts aus (BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, Art. 404 N 12 und Art. 405 N 7; ZK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 404 N 10). Demnach setze ein Rechtswechsel voraus, dass das Verfahren vor der betroffenen Instanz zum Abschluss gekommen sei. Die Rechtsmittel des neuen Rechts kämen somit nur gegen Endentscheide zum Tragen, während Vor- und Zwischenentscheide sowie prozessleitende Entscheide weiterhin mit den Rechtsmitteln des alten Rechts anzufechten seien. Andere Autoren hingegen sprechen sich für die Anwendung der ZPO CH auf Rechtsmittel gegen sämtliche Entscheide aus (Kurzkommentar ZPO-DOMEJ, Art. 405 Nr. 3; DOMINIK GASSER, Schweizerische ZPO: Checkliste für Tag 1, Anwaltsrevue 2010, 256).

Das Kantonsgericht schloss sich letzterer Meinung an. Es erwog, dass im Vernehmlassungsverfahren zur ZPO mehrheitlich gefordert worden sei, für die innerkantonalen Rechtsmittelverfahren (entgegen dem Vorentwurf der Expertenkommission) durchgehend das neue Recht für anwendbar zu erklären. Dies habe sodann Eingang in den bundesrätlichen Entwurf gefunden und sei ohne wesentliche Änderungen durch das Parlament angenommen worden. Wortlaut und Entstehungsgeschichte sprächen damit dafür, das neue Recht auf alle Rechtsmittel anzuwenden, die gegen nach dem 31. Dezember 2010 eröffnete Entscheide ergriffen würden, unabhängig von der Art und Natur des angefochtenen Entscheids. Weiter sei zu berücksichtigen, dass bei Weitergeltung des alten Rechts für Rechtsmittel gegen nach dem 31. Dezember 2010 eröffnete Vor- und Zwischenentscheide sowie prozessleitende Verfügungen der Übergang zum neuen Recht auf unbestimmte Zeit hinausgezögert würde. Ausserdem erscheine die Anwendung des neuen Prozessrechts aus Gründen der Gerichtsorganisation und der Rechtssicherheit sinnvoll. Insgesamt überwiegen nach Ansicht des Kantonsgerichts die Gründe für die Anwendung des neuen Rechts auch für Rechtsmittel gegen nicht verfahrensabschliessende Entscheide, die ab dem 1. Januar 2011 eröffnet worden sind, deutlich.

Unabhängig davon, welchen prozessualen Regeln das Rechtsmittelverfahren folgt, entschied das Gericht, der angefochtene Entscheid sei jedenfalls daraufhin zu überprüfen, ob die Vorinstanz die im Zeitpunkt der Entscheidung geltenden prozessrechtlichen Normen, mithin also jene der kantonalen ZPO, richtig angewendet habe.

3. KassGer ZH AA110010-P/U/ys, Zirkulationsbeschluss vom 8. Juni 2011; vgl. ZR 2011 Nr. 50

Im Rahmen einer Forderungsklage vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich war die Klägerin aufgefordert worden, eine Prozesskaution in sechsstelliger Höhe zu leisten. Nachdem dieser Betrag auf Einsprache hin nur teilweise reduziert worden war, erhob die Klägerin gegen die Verfügung Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht. Dieses

hatte unter anderem zu entscheiden, ob die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nach der altrechtlichen kantonalen ZPO ZH zulässig war, oder ob sich das Rechtsmittelverfahren nach der ZPO CH richtete.

Das Kassationsgericht behandelte die Frage nach den anwendbaren Verfahrensvorschriften ebenfalls ausführlich und fundiert und wog die einzelnen Argumente gegeneinander ab. Es liess die Frage letztlich zwar offen, zumal es das Rechtsmittel aus anderen Gründen ohnehin abwies, sprach sich aber eher für die Anwendung des alten – kantonalen – Prozessrechts aus. Dafür spreche vor allem der Umstand, dass Eingriffe des neuen Verfahrensrechts in ein von der befassen Instanz nach bisherigem Recht abzuschliessendes Verfahren verhindert würden bzw. sichergestellt werde, dass das Verfahren vor einer bestimmten Instanz bis zu dessen Abschluss nach denselben, bei Prozesseinleitung in Kraft stehenden Verfahrensregeln durchgeführt werde. Dies führe zu einer höheren Rechtssicherheit.

Auch das Kassationsgericht hielt aber fest, unabhängig von der Frage nach dem auf das Rechtsmittel anwendbaren Verfahrensrecht sei für die (inhaltliche) Beurteilung des Rechtsmittels das bisherige Prozessrecht heranzuziehen, zumal das Verfahren vor der Vorinstanz gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO CH dem bisherigen Recht unterstehe, so dass zu prüfen sei, ob dieses richtig angewendet worden sei.

4. BGer 5A_320/2011 vom 8. August 2011 (Publikation vorgesehen)

In einem Verfahren betreffend die Kollokation einer Forderung der Masse en faillite ancillaire de Sabena SA (Beschwerdeführerin) in der Nachlassliquidation der SAirGroup hatte die Beschwerdeführerin ein Ausstandsbegehren gegen den mit dem Fall befassten Richter gestellt, welches durch das Obergericht des Kantons Zürich als einzige kantonale Instanz abgewiesen worden war. Im Rahmen der dagegen erhobenen Beschwerde an das Bundesgericht musste dieses entscheiden, ob ein Ausnahmestatbestand gemäss Art. 75 Abs. 2 lit. a BGG vorliege, womit sich aus dem Übergangsrecht der ZPO CH möglicherweise die Zulässigkeit einer Beschwerde an das Bundesgericht unter Verzicht auf die *double instance* ergeben hätte. Dies wäre dann der Fall gewesen, wenn für Rechtsmittel gegen Zwischenentscheide Art. 404 Abs. 1 und nicht Art. 405 Abs. 1 ZPO CH massgebend gewesen wäre und nach kantonalem Verfahrensrecht gegen den Zwischenentscheid kein Rechtsmittel zur Verfügung gestanden hätte.

Das Bundesgericht hielt aber fest, dass für die Anfechtung von Zwischenentscheiden Art. 405 Abs. 1 ZPO CH zur Anwendung gelange. Die Meinungen gingen zwar auseinander; der Wortlaut von Art. 405 Abs. 1 ZPO CH differenziere aber nicht nach der Art des Entscheids und beschränke den Anwendungsbereich dieser Norm insbesondere nicht auf Endentscheide. Stattdessen spreche er allgemein von «Ent-

scheid». Von diesem Wortlaut abzuweichen, gebe es keine triftigen Gründe, und es seien keine unüberwindbaren Schwierigkeiten zu erwarten, wenn alle Entscheide den Rechtsmitteln gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO CH unterstellt würden.

Demnach ist gemäss dem Bundesgericht für die Anfechtung von Zwischenentscheiden die ZPO CH anwendbar.

Kommentar

U.E. ist der Mehrheit der genannten Entscheide zu folgen. Sie sind nicht nur in rechtlicher Hinsicht überzeugend, sondern auch aus der Perspektive der Praxis zu begrüssen. So würde die anwaltliche Sorgfaltspflicht aufgrund der divergierenden Lehrmeinungen für ein Rechtsmittel gegen einen Vor-, Zwischen- oder prozessleitenden Entscheid gebieten, gleichzeitig mehrere Rechtsmittel einzureichen, nämlich (je nach Kanton mindestens) eines nach altem und eines nach neuem Prozessrecht.

In einem weiteren Kontext ist zu berücksichtigen, dass mit der Schweizerischen Zivilprozessordnung die Vereinheitlichung des Prozessrechts auf Bundesebene angestrebt wurde. Das spricht dafür, eine Weitergeltung des bisherigen kantonalen Rechts auf das Notwendigste zu beschränken, insbesondere auf schon (bzw. noch) hängige Verfahren vor einer kantonalen Instanz. Wo aber die ZPO CH ohne weitere Schwierigkeiten angewendet werden kann, ist dieser Lösung der Vorzug zu geben.

Dem steht auch der Einwand des Kassationsgerichts Zürich nicht entgegen, wonach diese Lösung zu einem Hin und Her zwischen den beiden Rechtsordnungen führe. Schliesslich gelten für das Rechtsmittelverfahren gegen prozessleitende Verfügungen ohnehin andere Regeln als für das erstinstanzliche Hauptverfahren.

Diese Entscheide sind umso mehr relevant für die Praxis, als sich mehrere relevante Kommentierungen uneingeschränkt für die Anwendung des alten Rechts aussprechen (BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, Art. 404 N 12 und Art. 405 N 7; ZK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 404 N 10; SCHWANDER, Dike-Komm-ZPO, Art. 405 N 5; wie hier: Kurzkommentar ZPO-DOMEJ, Art. 405 N 3; FISCHER, Stämpfli's Handkommentar ZPO, Art. 405 N 1; GASSER, a.a.O., 256; URBACH, in: Gehri/Kramer [Hrsg.], ZPO-Kommentar, Zürich 2010, Art. 405 N 1). Wer die vorgenannte Rechtsprechung nicht kennt, riskiert somit, ein falsches Rechtsmittel einzulegen.